LA ESTABILIDAD LABORAL DE LOS TRABAJADORES CAS QUE INGRESARON SIN CONCURSO PÚBLICO

A propósito de la Resolución Corrida 000021-2023-CE-PJ

[LABOR STABILITY OF CAS WORKERS WHO ENTERED WITHOUT A PUBLIC COMPETITION - Regarding the Running Resolution 000021-2023-CE-PJ]

José María Pacori Cari

Maestro en Ciencias Políticas y Derecho Administrativo por la Universidad Nacional de San Agustín. Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo. Socio de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Columnista en el Suplemento "La Gaceta Jurídica" del Diario La Razón en Bolivia. Fue Catedrático de Derecho Administrativo en la Universidad La Salle del Perú; Catedrático de Derecho del Trabajo, Derecho de la Seguridad Social y Derecho Comercial en la Universidad José Carlos Mariátegui del Perú. Miembro del Ilustre Colegio de Abogados de Arequipa en el Perú. Docente de LP el portal jurídico del Perú. Member of Law Council of Australia

---

Sumario: 1. Derecho a la estabilidad laboral - 2. ¿La falta de concurso público es una causa de despido? - 3. Teoría de los actos propios - 4. Periodo de prueba superado - 5. Protección contra el despido arbitrario - 6. ¿Cuáles son las causas justas de despido? - 7. Discriminación laboral entre trabajadores CAS - 8. Interpretación favorable el trabajador CAS - 9. Principio de buena fe - 10. Independencia del juez

---

***Resumen**. Se ofrece al lector un análisis jurídico de la estabilidad laboral de los trabajadores del régimen laboral de contratación administrativa de servicios que no ingresaron por concurso público, pero prestan servicios superado el periodo de prueba, sin demérito, cumpliendo los requisitos para el ejercicio del cargo.*

***Resumen**. The reader is offered a legal analysis of the job stability of workers in the labor regime of administrative contracting of services who did not enter by public competition, but provide services after the probationary period, without demerit, meeting the requirements for the exercise of the position.*

Palabras Clave: Estabilidad laboral – Trabajadores CAS – Teoría de los actos propios

Keywords: Job stability – CAS workers – Theory of own acts

Recibido 25/01/2023
Aprobado 29/01/2023

Nemini liceo adversus sua facta venire[1]. Con fecha **25 de enero de 2023**, el Presidente del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial emite la Resolución Corrida 000021-2023-CE-PJ que en su artículo primero resuelve

[1] A nadie le es lícito ir contra sus propios actos

"Disponer las siguientes medidas respecto a la contratación de personal bajo las normas del Decreto Legislativo N° 1057, Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios, que no han ingresado por concurso público": "1.1 Para aquellos que se les ha denominado "indeterminado", que mantienen el vicio de ***no contar con el concurso público respectivo****, se les notificará la conclusión al 31 de enero de 2023, y se procederá inmediatamente a iniciar el proceso de convocatoria para el concurso público. 1.2 Para aquellos que se les ha denominado "temporales", que mantienen el vicio de* ***no contar con el concurso público respectivo****, se les notificará la no renovación, y se procederá inmediatamente a iniciar el proceso de convocatoria para el concurso público".*

De esta manera, se pretende establecer, desde el Poder Judicial, que los trabajadores CAS que ingresaron sin concurso público a prestar servicios en las entidades públicas no gozan de estabilidad laboral, esto, además, se encontraría avalado en el acuerdo 2.2 del tema II "Aplicación del Precedente Vinculante del Tribunal Constitucional recaído en el Expediente 05057-2013-PA/TC, Caso Huatuco, a los trabajadores comprendido en el régimen laboral del Decreto Legislativo 1057, que regula el régimen especial de contratación administrativa de servicios" del IX Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral de la Corte Suprema de Justicia de la República, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 28 de mayo de 2022, que indica

"El precedente constitucional recaído en el Expediente Nº 5057-2013-PA/TC JUNÍN, precedente Huatuco, no se aplica cuando: a) El trabajador CAS demanda la nulidad del acto administrativo o acto material que originó su despido, pretendiendo su reposición en un CAS de tiempo indeterminado, siempre que tenga las siguientes características: i. El trabajador CAS ***ingresó por concurso público*** *para una plaza con carácter permanente, y ii. Las labores que realizó correspondían a la actividad principal de la entidad" (el resaltado es nuestro).*

Teniendo en cuenta que la **teoría** es la descripción ordenada de la realidad, tenemos que la teoría predominante es que solo gozan de estabilidad laboral los trabajadores CAS que ingresaron por concurso público a prestar servicios en la administración pública; sin embargo, esta teoría está falsada, para usar la terminología del filósofo Karl R. Popper que indica *"Únicamente decimos que una teoría está falsada si hemos aceptado enunciados básicos que la contradigan"* (Karl R. Popper, 1980, p. 83), en efecto, es falsada por cuanto podemos encontrar enunciados básicos que pueden contrariar la teoría indicada, *verbi gratia*, nos preguntamos si tiene estabilidad laboral el trabajador CAS, que no ingresó por concurso público y habiendo superado el periodo de prueba, presta servicios en la administración pública sin demérito alguno en un cargo permanente cumpliendo los requisitos del perfil para ocupar el cargo.

Esta sola pregunta puede contrariar la teoría general que solo los trabajadores CAS que ingresan por concurso público tienen estabilidad laboral haciéndola falsable; aceptar una teoría sin aplicar el parámetro falsable implicaría una ciencia jurídica con falta de crítica, puesto que se pretende desamparar a trabajadores que si bien no ingresaron por concurso público prestan servicios en la administración pública sin demérito alguno cumpliendo el perfil del cargo, esto nos remite al penúltimo párrafo del artículo 23 de la Constitución Política del Perú que indica

"Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador".

Ergo, exigirle a un trabajador CAS, superado el periodo de prueba, que su ingreso sea por concurso público sin tomar en cuenta que cumple con el perfil para ocupar el cargo y no tener deméritos constituye una afectación a su dignidad como trabajador, dignidad que conforme al Diccionario panhispánico del español jurídico es el *"valor del hombre y fin supremo de todo el derecho y acción del Estado"*.

1. DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL

Hacemos referencia a la estabilidad laboral como un derecho del empleado público, puesto que este derecho es reconocido en el numeral 7, litera c) de la Carta Iberoamericana de la Función Pública que indica

"En particular, son criterios que inspiran los enunciados de la Carta": "c) La estabilidad del empleo público y su protección frente a la destitución arbitraria, sin perjuicio de la duración, indefinida o temporal, de la duración que se establezca".

Como se verifica la estabilidad en el empleo público es un criterio que inspira la función pública, por lo que no se puede arbitrariamente dejar sin efecto una contratación administrativa de servicios de los trabajadores CAS, sustentado en la falta del concurso público para su ingreso.

Es importante precisar que no somos ajenos a la posición que divide a la estabilidad laboral en absoluta y relativa, puesto que cuando hacemos referencia a la estabilidad laboral lo hacemos con relación a la estabilidad laboral relativa, por cuanto un despido solo se puede dar por causa relacionada con la capacidad o conducta del trabajador, pero por la no realización de un concurso público que es una obligación de la entidad pública.

2. ¿LA FALTA DE CONCURSO PÚBLICO ES UNA CAUSA DE DESPIDO?

El numeral 45 de la Carta Iberoamericana de la Función Pública indica

"El mero cambio de gobierno o la concurrencia de circunstancias o decisiones de exclusiva apreciación discrecional no serán, por sí mismas, causas suficientes para justificar despidos o rescisiones de empleo".

Como se verifica, en este numeral no se establece como causa suficiente para justificar un despido en la función pública el no haber ingresado por concurso público, por lo que esta última apreciación resultaría discrecional al no estar relacionada con la capacidad o conducta del trabajador; el no ingreso del trabajador CAS por concurso público de ninguna manera puede implicar una incapacidad o falta disciplinaria para realizar el empleo público.

Por su parte, el numeral 46 de la Carta Iberoamericana de la Función Pública establece

"Cuando se establezca la posibilidad de despido por incapacidad manifiesta o bajo rendimiento, se crearán los mecanismos necesarios para garantizar la acreditación objetiva de tales circunstancias. De igual modo, cuando exista la posibilidad de rescindir, individual o colectivamente, la relación de empleo de los empleados públicos por razones técnicas, económicas u organizativas que obliguen a la amortización de puestos de trabajo, la concurrencia de dichas causas deberá ser objetivamente acreditada mediante procedimientos dotados de las garantías necesarias".

De esta manera, una vez iniciada la relación laboral por parte del trabajador CAS, con o sin concurso público, solo podría ser despedido por una incapacidad manifiesta o bajo rendimiento en el ejercicio de la función pública, no habiéndose establecido como causal de despido la falta de ingreso por concurso público, por cuanto la realización de este concurso es un deber que debe cumplir la Administración Pública, pero, no el trabajador CAS.

3. TEORÍA DE LOS ACTOS PROPIOS
El artículo 8 del Decreto Legislativo 1057 establece

"El acceso al régimen de Contratación Administrativa de Servicios se realiza obligatoriamente mediante concurso público".

De esta norma, podemos establecer que existe la obligación de la entidad pública de realizar un concurso público para que los trabajadores accedan a la contratación administrativa de servicios, esta no es una obligación del trabajador, sino de la entidad pública, *ergo*, no se puede sustentar el despido de un trabajador CAS en la falta de un concurso público que debió de realizar la entidad pública, por lo que **no es posible alegar a favor de la administración pública la falta de concurso público que ella tenía la obligación de cumplir**, esto conforme a la teoría de los actos propios regulada en sus presupuestos en el vigésimo tercero considerando de la Casación 2126-2016 La Libertad que indica

"Ahora bien, para que se viabilice la aplicación de esta teoría, deben concurrir ciertos presupuestos, esto es: i) La existencia de una conducta ii) La existencia de una pretensión contradictoria iii) La identidad de sujetos. A partir de ello, podemos concluir que la concurrencia de dichos presupuestos, permiten la aplicación de la Teoría de los actos propios, cuya finalidad radica en evitar que alguien pretenda contradecir su conducta anterior, mediante el sustento de su pretensión".

Estando a esto, veamos si se cumple con los presupuestos para la aplicación de la teoría de los actos propios en el caso que nos ocupa

a. Existencia de una conducta. La entidad pública tenía y tiene la obligación de realizar un concurso público para el ingreso de los trabajadores CAS a la administración pública.

b. Existencia de una pretensión contradictoria. La entidad pública alega a su favor la falta de concurso público para justificar el despido de los trabajadores CAS.

c. Identidad de sujetos. La contratación administrativa de servicios es entre la entidad pública (que no realizó el concurso público) y el trabajador CAS (que presta servicios sin concurso público).

Es así que no sería posible que una entidad pública despida a un trabajador CAS alegando la falta de un concurso público que ella tenía la obligación de realizar; esto situación no puede afectar al trabajador CAS quien no tenía la obligación de realizar un concurso público para su ingreso, más aún cuando el despido solo se podría fundar en causas sustentadas en su capacidad o conducta, pero, no en la falta de ingreso por concurso público.

4. PERIODO DE PRUEBA SUPERADO
El último párrafo del artículo 10 del Decreto Legislativo 1057 indica

"El período de prueba es de tres (3) meses".

Es así que tenemos que en el régimen de contratación administrativa de servicios (CAS) se establece un periodo de prueba de tres (3) meses, cuya finalidad la podemos encontrar en la sumilla de la Casación Laboral 21841-2017 Lima que indica

"El periodo de prueba tiene por finalidad comprobar si efectivamente el trabajador puede asumir el cargo asignado por el empleador, de acuerdo a sus aptitudes y lineamientos; en consecuencia, la evaluación se realizará, entre otros aspectos, sobre la base de los resultados de las tareas encomendadas".

Por lo que se entiende que transcurrido el periodo de prueba, la entidad pública ha comprobado que efectivamente el trabajador CAS tiene la aptitud y cumple los lineamientos para asumir el cargo asignado, siendo que su evaluación posterior se realizará sobre la base de los resultados en las tareas encomendadas, perdiendo la entidad pública la posibilidad de cuestionar si el ingreso del trabajador CAS fue por concurso público o no; más aún cuando al término del periodo de prueba el trabajador CAS alcanza la protección contra el despido arbitrario conforme a la sumilla de la Casación Laboral 6234-2018 Lima que indica

"El periodo de prueba es de tres meses, a cuyo término el trabajador alcanza derecho a la protección contra el despido arbitrario".

5. PROTECCIÓN CONTRA EL DESPIDO ARBITRARIO

El artículo 27 de la Constitución Política del Perú de 1993 indica

"La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario".

De esta manera, se ha establecido el derecho constitucional del trabajador a la adecuada protección contra el despido arbitrario, frente a este derecho constitucional se pretende oponer el interés público del ingreso por concurso público para prestar servicios a la entidad pública, sin embargo, debe de tenerse en cuenta que también es de interés público la defensa de los derechos constitucionales de los trabajadores CAS, como es la protección contra un despido que no se relaciona con su capacidad o conducta, esta defensa del interés público de proteger los derechos fundamentales es reconocida en el segundo párrafo del fundamento 14 de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 0569-2003-AC/TC que indica

"Tal circunstancia genera el cumplimiento del deber de oficialidad por parte de los órganos públicos en la medida en que existe la inexorable necesidad de satisfacer el interés público de proteger y defender los derechos fundamentales de la persona".

6. ¿CUÁLES SON LAS CAUSAS JUSTAS DE DESPIDO?

El artículo 4 del Convenio OIT 158 establece

"No se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio".

Lo indicado, tiene su correlato en el artículo 10, literal f) del Decreto Legislativo 1057 que indica

"El Contrato Administrativo de Servicios se extingue por": "f) Decisión unilateral de la entidad con expresión de causa disciplinaria o relativa a la capacidad del trabajador y debidamente comprobada. Si el despido no tiene causa o no se prueba durante el proceso de impugnación, el juez declara su nulidad y la reposición del trabajador".

Conforme a lo indicado, solo se puede despedir a un trabajador CAS por causa disciplinaria o por causa relativa a la capacidad del trabajador, no existiendo la causal de despido consistente en la falta de concurso público, siendo esta causa arbitraria al no estar prevista en una norma con rango de ley; no es posible establecer una causal de despido por vía jurisdiccional, ni mucho menos por la vía administrativa, hacerlo implica contravenir el Estado Constitucional de Derecho.

7. DISCRIMINACIÓN LABORAL ENTRE TRABAJADORES CAS

El artículo 3 del Protocolo de San Salvador indica

"Los Estados partes en el presente Protocolo se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social".

El ingreso a prestar servicios al Estado debe ser por concurso público, esta es una condición anterior al ingreso; una vez producido el ingreso sin concurso público, solo sería posible el despido del trabajador por causa justificada referida a su conducta o capacidad, no siendo una causa justa de despido el no ingreso por concurso público, pensar lo contrario es establecer una discriminación laboral entre los trabajadores CAS que ingresaron por concurso público y los que no ingresaron por concurso, situación que está prohibida como derecho fundamental a la no discriminación.

8. INTERPRETACIÓN FAVORABLE EL TRABAJADOR CAS

El artículo IV, inciso 8 de la Ley 28175 – Ley Marco del Empleo Público – indica

"Rigen en las relaciones individuales y colectivas del empleo público, los principios de igualdad de oportunidades sin discriminación, el carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución e ***interpretación más favorable al trabajador en caso de duda****. En la colisión entre principios laborales que protegen intereses individuales y los que protegen intereses generales, se debe procurar soluciones de consenso y equilibrio".*

Conforme a esta norma, las interpretaciones de las normas del empleo público deben ser las que favorecen al trabajador CAS, *ergo*, el requisito de concurso público para acceder a un empleo público es una condición que debe implicar la responsabilidad de los funcionarios que la omitieron, más esta responsabilidad no puede ser trasladada al trabajador CAS que no tiene la obligación de realizar el concurso público.

Editorial Legal Affairs – Lima, Perú

9. PRINCIPIO DE BUENA FE

Respetables opiniones indican la necesidad del concurso público para el ingreso a la administración pública, sin embargo, nosotros consideramos que el ingreso por concurso público es una condición a cargo de la entidad pública que no puede perjudicar al trabajador luego de prestar servicios transcurrido el periodo de prueba; se puede indicar, en este punto, favoritismos políticos, amistades, sin embargo, estas afirmaciones deberán ser probadas en cada caso concreto, si un trabajador CAS ingresó sin concurso público por amistad, esta afirmación se debe probar, puesto que la buena fe en las relaciones laborales se presume, la mala fe en la contratación administrativa de servicios se acredita. Lo indicado es conforme al aforismo latino

"bona fides semper presumatur, nisi mala adesse probetur"[2].

10. INDEPENDENCIA DEL JUEZ

Como lo indicamos en la introducción, no podemos negar que el IX Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral de la Corte Suprema de Justicia de la República, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 28 de mayo de 2022, exige la necesidad de concurso público para disponer la reposición de un trabajador CAS, sin embargo, teniendo en cuenta los argumentos jurídicos laborales indicados sustentados en la buena fe y la interpretación favorable al trabajador es necesario hacer uso de la independencia del juez en la administración de justicia prevista en el inciso 2 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú que indica

"Son principios y derechos de la función jurisdiccional": "2. La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional".

Esta independencia halla mayor desarrollo en el artículo 16 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que indica

"Los Magistrados son independientes en su actuación jurisdiccional dentro de su competencia. Ninguna autoridad, ni siquiera los Magistrados de instancia superior, pueden interferir en su actuación. Están obligados a preservar esta garantía, bajo responsabilidad, pudiendo dirigirse al Ministerio Público, con conocimiento del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, sin perjuicio de ejercer directamente los derechos que les faculta la ley".

Por su parte, el artículo 112 del TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece

"Los integrantes de las Salas Especializadas pueden reunirse en plenos jurisdiccionales nacionales, regionales o distritales a fin de concordar jurisprudencia de su especialidad, a instancia de los órganos de apoyo del Poder Judicial. Los jueces de las Salas Especializadas de la Corte Suprema pueden reunirse y aprobar, por mayoría absoluta, reglas interpretativas que serán de obligatorio cumplimiento e invocadas por los magistrados de todas las instancias judiciales. ***En caso de que los magistrados decidan apartarse de dicho criterio, están obligados a motivar su resolución, dejando constancia de las reglas interpretativas que desestiman y de los fundamentos que invocan****"* *(el resaltado es nuestro).*

[2] La buena fe se presume siempre, salvo que se pruebe la mala

De esta manera, la existencia de un pleno jurisdiccional de ninguna manera limita o deja sin efecto el deber de los jueces de actuar con independencia a la luz de nuevos criterios interpretativos.

CONCLUSIONES

La teoría dominante de requerir el ingreso por concurso público al trabajador CAS para disponer judicialmente su reposición, es una teoría falsable por cuanto se encuentran enunciados básicos que la contradicen, como es el caso de los trabajadores CAS que habiendo superado el periodo de prueba, sin haber ingresado por concurso público, cumpliendo el perfil para el cargo y actuando sin demérito alguno solo podrían ser despedidos por causa justa relacionada con su capacidad o conducta, no siendo la falta de concurso público para su ingreso causa justa de despido del trabajador CAS[*].

REFERENCIAS

- Carta Iberoamericana de la Función Pública (26 y 27 de junio de 2003). Santa Cruz de la Sierra, Bolivia: V Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado.
- Casación Laboral 2126-2016 La Libertad (14 de agosto de 2018). Indemnización por despido arbitrario, Proceso Ordinario - NLPT. Perú: Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.
- Casación Laboral 21841-2017 Lima (22 de octubre de 2019). Reposición por despido incausado. Perú: Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.
- Casación Laboral 6234-2018 Lima (28 de mayo de 2019). Reposición laboral y otros. Perú: Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.
- Constitución Política del Perú (31 de diciembre de 1993). Perú.
- Convenio OIT 158 (1982). Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo. Ginebra: Confederación General de la Organización Internacional del Trabajo.
- Decreto Legislativo 1057 (28 de junio de 2008). Decreto Legislativo que regula el régimen especial de contratación administrativa de servicios. Perú.
- Ley 28175 (19 de febrero de 2004). Ley Marco del Empleo Público. Perú.
- Popper, Karl R. (1980). La Lógica de la Investigación Científica. Madrid, España: Editorial Tecnos.
- Protocolo de San Salvador (1988). Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. San Salvador.
- Sentencia del Tribunal Constitucional (05 de abril de 2004). Expediente 0569-2003-AC/TC, Lima Nemesio Echevarría Gómez. Perú: Tribunal Constitucional.

[*] El autor es abogado especialista en Derecho Administrativo, Derecho del Trabajo y Derecho de la Seguridad Social en el Perú, puede contactarlo en corporacionhiramservicioslegales@hotmail.com o móvil y WhatsApp (+51) 959666272.

Citar artículo

Pacori Cari, José María (2023). La estabilidad laboral de los trabajadores CAS que ingresaron sin concurso público. A propósito de la Resolución Corrida 000021-2023-CE-PJ. Revista Iuris Dictio Perú, Volumen V, Enero 2023, pp. 37-44. Lima, Perú: Editorial Legal Affairs.